

La protección judicial de los derechos y el control diferenciado de constitucionalidad

Los distintos “anteojos” de la Corte según los derechos en juego.

Por José Sebastián Elías y Rodrigo Sánchez Brígido

¿Qué hace la Corte Suprema (y los tribunales inferiores, al seguir su jurisprudencia) cuando controlan la constitucionalidad del contenido de normas o actos estatales que regulan derechos o garantías constitucionales de forma pretendidamente no permisible? ¹

Como es sabido, el control de la compatibilidad constitucional del contenido de una medida o acto se realiza mediante el test de razonabilidad o “mera razonabilidad”, que la Corte construyó desde antaño con apoyo en el artículo 28 de la Constitución. Pero también es cierto que este test se aplica por defecto, esto es, siempre que no concurren situaciones particulares. En situaciones particulares, en efecto, la Corte no aplica ese tipo de control, sino alguna variante en general más astringente, cuya fisonomía no se encuentra siempre bien definida. Una breve reseña de algunos casos sirve para mostrarlo.

Así, en el ámbito de la igualdad, la Corte ha venido desarrollando la idea de que ciertas distinciones, que se asientan en las llamadas “categorías sospechosas”, disparan la aplicación de un control constitucional que supone un escrutinio más estricto que el tradicional test de “mera razonabilidad”.² Esa mirada comprende la presunción de inconstitucionalidad de las normas analizadas.³ Incluso quienes consideran que ciertas

¹ Este artículo reproduce parcialmente y amplía el argumento contenido en Rodrigo Sánchez Brígido y José Sebastián Elías, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, J.A. 2012-IV-903.

²Véase, por ejemplo, CS, 08/11/1988, “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos* 311:2272, cons. 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué (establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles, en tanto contradicen el art. 20 de la C.N., se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un “interés estatal insoslayable” que justifique la medida); CS, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos* 327:5118 (sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los arts. 1 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso); CS, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Fallos* 329:2986 (en igual sentido a “Hooft”); CS, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional –Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Fallos* 331:1715 (dictamen de la Procuración General, al que remite la mayoría de la Corte, en igual sentido a “Hooft” y “Gottschau”)

³*Fallos* 311:2272, cons. 7; *Fallos* 327:5118, cons. 2; *Fallos* 329:2986, cons. 5.

distinciones basadas en las ya mencionadas “categorías sospechosas” no necesariamente deben determinar la aplicación de un escrutinio estricto basado en la presunción de inconstitucionalidad de la norma impugnada afirman que “*corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad*”,⁴ o, al menos, un escrutinio distinto a la mera razonabilidad.⁵

Dentro del ámbito de las categorías sospechosas y en el caso concreto de una agrupación política “antisistema”, la mayoría de la Corte reafirmó que “*el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad*”⁶ y entendió que la decisión judicial que —basada en las opiniones políticas discriminatorias representadas por la agrupación— denegaba la personería solicitada, satisfacía ese test más exigente.⁷

⁴Fallos 329:2986, voto concurrente de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, quienes señalan que ese estándar intenso no es coincidente con el establecido en la causa “Hoofft” (cons. 6), que “la reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla” (cons. 6). La posición fue reiterada en Fallos 331:1715.

⁵CS, 19/09/2000, “González de Delgado, Cristina y otros c/UN.C.”, Fallos 323:2659, cons. 8 y 9 del voto concurrente del juez Petracchi, donde —analizando la validez de distinciones basadas en el sexo— se afirmó que “aun cuando alguna “distinción” o “discriminación” sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican —a los fines de la eventual justificación— son muy exigentes” y se citó tanto el derecho europeo (donde tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria), como el derecho estadounidense (donde se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo al cual “quien defiende una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos”). De todos modos el voto parece invertir la lógica de los tests que, aunque en *obiter dictum*, invocaba. En el caso, los actores impugnaban la validez de un acto de la Universidad Nacional de Córdoba que disponía las inscripciones de alumnos sin distinción de sexo, dejando sin efecto la educación exclusiva para varones que hasta entonces impartía el Colegio Monserrat. El voto destaca que los actores no habrían demostrado “cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat” (cons. 9). Pero, contrariamente a lo supuesto por los escrutinios citados, los actores atacaban un acto estatal, no lo defendían. Dentro de la lógica de los escrutinios intensos de origen estadounidense, es el interesado en la validez de una distinción establecida por el Estado quien debe acreditar los exigentes extremos propios de cada test, no quien pretende su invalidez —que es justamente lo que ocurría en el caso—. La posición de Petracchi implica que cualquier interesado en el establecimiento de una distinción que el Estado no contempla podría potencialmente obtenerla de un juez si demostrara que un escrutinio intenso, según el caso, sostendría la validez de la distinción, si esta existiese. Obviamente, no es lo mismo sostener la validez de una norma que existe, que crear una norma que no existe sobre la base de que, de existir, superaría un escrutinio estricto.

⁶ CS, 17/03/2009, “Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento”, Fallos 332:433, cons. 6 del voto de la mayoría. El voto concurrente del juez Fayt discurrió por carriles argumentativos parcialmente distintos, que no implicaron aplicar un test de razonabilidad diferenciado.

⁷ *Id.*, cons. 7 del voto de mayoría.

En el ámbito de los derechos sociales, los jueces Petracchi y Argibay sostuvieron que las normas que distinguen entre nacionales y extranjeros a los fines del otorgamiento de una pensión por discapacidad, por su “*contradicción directa con el texto constitucional*” resultan sospechosas de discriminación y, en consecuencia, pesa sobre ellas una presunción de inconstitucionalidad.⁸ El juicio de razonabilidad de tales normas debe estar “guiado por un escrutinio estricto”,⁹ cuyos extremos son coincidentes con los ya referidos en materia de categorías sospechosas.

En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que “*las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el **contenido** del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo [...] cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...] El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es "necesaria" para el logro de un "apremiante interés público" y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés*”.¹⁰

En otro caso, donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano sugirió que atento “*el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego [...] para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere [...] que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medio deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes*”¹¹ y que “*cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental...no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción*

⁸ CS, 4/9/2007, “R.A., D. c/Estado Nacional”, *Fallos* 330:3853, cons. 11 del voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay.

⁹ *Id.*

¹⁰ CS, 7/6/2005, “Asociación de Teleriodifusoras Argentina y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos* 328:1825, cons. 9 del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni. La negrita es del original.

¹¹CS, 19/10/1995, “Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus”, *Fallos* 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 11.

de inconstitucionalidad”.¹² De acuerdo a estos jueces existen distintas “*apreciaciones, cotejos y escrutinios, cuyas modalidades de aplicación traducen [...] respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental*”.¹³

En materia de inviolabilidad del domicilio, el juez Petracchi ha sostenido que si bien la eminente jerarquía de dicho derecho debe compatibilizarse con el interés social en la averiguación de los delitos, “*la íntima conexión existente [...] con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías*” y que, por ello, “*deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas*”.¹⁴

Estos son sólo algunos casos en que la Corte o algunos de sus miembros afirman que corresponde un control diferenciado de constitucionalidad en materia de reglamentaciones de derechos.¹⁵

Nótese que no resulta fácil establecer en qué consiste exactamente la doctrina del control diferenciado de constitucionalidad. Los votos reseñados parecen estar haciendo cosas al menos parcialmente distintas al efectuar los controles. Las temáticas a que se aplican no parecen ser homogéneas. Y tampoco es claro qué justificaría controlar algunas materias de cierto modo y controlar otras materias de modo distinto, pues no es obvio que sea peor una pauta según la cual el control de constitucionalidad debe efectuarse de la misma manera siempre.¹⁶

¹²Fallos 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 12.

¹³Fallos 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 17.

¹⁴CS, 27/11/1984, “Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes”, Fallos 306:1752, voto concurrente del juez Petracchi, cons. 6.

¹⁵ Para un análisis de los tipos de control de constitucionalidad diferenciados en materia de control de legalidad, véase Rodrigo Sánchez Brígido y José Sebastián Elias, op. cit.

¹⁶ Para un repaso del debate en los Estados Unidos sobre el futuro (incluyendo la eventual desaparición) de la hoy dominante doctrina de los niveles de escrutinio diferenciados, véase Stephen A. Siegel, “The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny”, XLVIII *Am. J. Legal Hist.* 355 (2006). Es posible, claro, formular distintas argumentaciones tendientes a justificar estándares o tipos de control diferenciados en razón de las materias involucradas. Véanse, por ejemplo, Frank I. Michelman, “Foxy Freedom?”, 90 *B.U. L. Rev.* 949, 961-972 (2010) (analiza la idea según la cual la doctrina de los tipos de control diferenciados —“tiers of scrutiny doctrine”— reflejaría la noción de una distinción moralmente significativa entre meros “daños” [a la libertad] fácilmente justificables y los “injustificables insultos a la dignidad que llamamos violaciones de la libertad” y sería consistente con una “visión político-filosófica según la cual toda ley regulatoria requiere una

justificación honesta y sustancial (de modo que los legisladores que obran violando esta exigencia actúan de manera políticamente inmoral), pero solamente algunas pocas de esas leyes —las que afectan adversamente libertades especialmente importantes— deberían ser sometidas a un análisis minucioso por parte de jueces no responsables electoralmente”); Peter Z. Grossman y Daniel H. Cole, “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”, 5 *Review of Law and Economics* 233, 235 (2009) (argumentan que, desde una perspectiva de bienestar social, “nada justifica *ex ante* creer que todos los derechos serían igualmente bien protegidos por las instituciones políticas o judiciales. Por el contrario, hay razones para suponer que niveles diferenciales de control judicial de constitucionalidad pueden ser deseables, dependiendo de la estructura de incentivos que exista, la que puede diferir respecto de varios derechos constitucionales o legales”); Lynn A. Stout, “Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry Into Fundamental Rights and Suspect Classifications”, 80 *Geo. L. J.* 1787, 1808-1809 (1992) (sostiene que la teoría de la elección social sugiere algunas razones por las que las leyes que regulan intereses de privacidad serían más propensas a generar fallas legislativas que aquellas que regulan intereses económicos y, en consecuencia, justificarían menor deferencia judicial a las decisiones tomadas en el proceso político que regulan intereses del primer tipo); pero véanse, para una posición contraria actualmente mayoritaria en los Estados Unidos, Randy E. Barnett *RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY* 336-345 (Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2004) (propone que toda restricción a los derechos individuales sea juzgada sobre la base de una presunción de libertad, de modo que el gobierno —o quien se beneficia de la norma restrictiva— debe justificar que se trata del ejercicio de una de las facultades propias del gobierno federal y que satisface un examen de necesidad); Suzanne B. Goldberg, “Equality Without Tiers”, 77 *S. Cal. L. Rev.* 481 (2003-2004) (propone un único estándar de revisión en los casos de igualdad, basado en tres pasos, que sustituye los tres niveles tradicionales de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos en material de “igual protección de la leyes”); Lynn A. Baker y Ernest A. Young, “Federalism and the Double Standard of Judicial Review”, 51 *Duke L. J.* 75, 77 (2001-2002) (sostienen que la idea misma de un doble estándar es problemática); Jerry L. Mashaw *GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW* 60 (Yale University Press, New Haven and London, 1997) (“[...] al negarse a controlar la sustancia de la legislación [...] en materia económica, la Corte afirma la preeminencia del proceso político democrático. En lo que a los valores fundamentales respecta, la democracia es por supuesto inobjetable. El punto es que no es *siempre* inobjetable, ni la categoría “legislación socioeconómica” identifica un dominio dentro del cual las objeciones [de la teoría de la elección racional] a la democracia no operan”; énfasis en el original); Richard A. Epstein, “Judicial Review: Reckoning on Two Kinds of Errors”, en James A. Dorn y Henry G. Manne (editores) *ECONOMIC LIBERTIES AND THE JUDICIARY* 39-46 (George Mason University Press, Fairfax, Va., 1987) (argumenta que el proceso legislativo presenta características que lo llevan a generar intercambios forzados de riqueza, que resultan socialmente subóptimos, por lo que la deferencia judicial hacia el proceso político tiene enormes costos y debe ser sustituida). En todo caso, tampoco es claro que sea tarea sencilla, o aun posible, realizar el control siempre de la misma manera, incluso dentro de un sistema que no admite explícitamente niveles o tipos de control diferenciados. Véanse G. Edward White, “Historicizing Judicial Scrutiny”, 57 *S.C. L. Rev.* 1, 35-53 (2005) (explica la jurisprudencia de la Corte estadounidense con anterioridad al surgimiento de la doctrina de los niveles de escrutinio en ese país y afirma que “la doctrina del *due process*, moldeada por los jueces, se convirtió, como antes lo habían sido las categorías de la jurisprudencia de la discreción departamental, en un sucedáneo del escrutinio judicial según tipos de legislación”) y Richard H. Fallon, Jr., “Strict Judicial Scrutiny”, 54 *UCLA L. Rev.* 1267, 1286-1287 (2007) (señala que “Más que concebir a la razonabilidad como un estándar de control que podía ser contrastado con otros estándares disponibles [...] la Corte aparentemente lo consideraba como un requisito por definición de la validez de los ejercicios del poder de policía [...] si bien los análisis de razonabilidad más característicos de la era *Lochner* involucraban regulaciones económicas, la Corte frecuentemente encuadraba su análisis en los mismos términos cuando evaluaba la constitucionalidad de normas que restringían la libertad de expresión, de religión, o que trazaban líneas en base a la raza. Como resulta obvio desde una perspectiva moderna, las exigencias de razonabilidad pueden ser —y eran— entendidas de manera más o menos severa, incluso por diferentes jueces o ministros en un mismo caso”). En el derecho constitucional argentino, parece haber ocurrido algo similar. Véase Juan Francisco Linares *RAZONABILIDAD DE LAS LEYES* 101 (Astrea, Buenos Aires, 1989) (escribiendo a mediados del siglo veinte, señala que “[...] en nuestro país [...] existe una dualidad de criterio: ciertas libertades se consideran como con un contenido estimativo-liberal fuertemente definido que el legislador no puede ultrapasarse; tal el goce de la propiedad, el de defensa en juicio, la libertad de ejercer industria o profesión, la libertad de reunión. Otras libertades, como el secreto de la correspondencia y papeles privados, en cambio, no han tenido un volumen estimativo-liberal lo suficientemente considerable o definido como para limitar la acción legislativa; y así, hasta ahora, no recordamos que se haya invalidado en nuestro país ninguna ley reglamentaria en esta materia.”). El surgimiento de la doctrina del poder de policía de emergencia entendida, como lo hecho la Corte argentina, como “acomodamiento” de la emergencia en el marco constitucional, implica un tratamiento al menos dicotómico en materia de intensidad de control, en tanto se ha admitido que la legislación de emergencia

Este ensayo propone una caracterización general de este mecanismo de control diferenciado de constitucionalidad, tal como ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En particular, el texto muestra que el mecanismo se emplea de diferentes maneras. En otras palabras, que hay distintos tipos de control diferenciado de constitucionalidad. La clasificación no pretende, por cierto, ser exhaustiva. Pero permite identificar y aislar algunos de los tipos centrales. Se intenta mostrar, además, cuáles son las distintas justificaciones que, implícita o explícitamente, se brindan para ese accionar.

I. Tipos de control diferenciado de constitucionalidad

El mecanismo de control diferenciado de constitucionalidad puede ser caracterizado de modo general, en resumidas cuentas, como una regla o conjunto de reglas que establece que, en ciertos casos, el control de constitucionalidad debe efectuarse de una manera diferente a la habitual. Como sucede con cualquier regla con esa estructura, uno puede preguntarse en qué casos se aplica (o qué activa su aplicación), en qué consiste (cuál es el contenido de la regla o reglas o, en otras palabras, qué exigen), y qué podría justificar tener esa regla y no otra.

Estos criterios (aplicabilidad, contenido y justificación) son útiles para caracterizar los distintos tipos de control de constitucionalidad que la Corte lleva a cabo.

1. El escrutinio estricto como presunción de inconstitucionalidad “en principio”.

En el derecho constitucional norteamericano existe, como es sabido, una doctrina específica de control constitucional que se asienta en la distinción entre, básicamente, tres niveles de control constitucional: el de la base racional (*rational basis*), el escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny*) y el escrutinio estricto (*strict scrutiny*).¹⁷

puede ser válida “aunque ella signifique restricciones a derechos individuales que, en circunstancias normales, no habrían sido admisibles de acuerdo con la Constitución” (CS, 15/05/1959, “Nadur, Amar c/Borrelli, Francisco”, *Fallos* 243:449). Para un desarrollo sobre el control de razonabilidad de las leyes de emergencia, véase la contribución de uno de nosotros, en el segundo volumen de esta obra.

¹⁷ Véase, por ejemplo, G. Edward White, op. cit., p. 3 (los comentaristas sugieren que la doctrina de los tipos de escrutinio diferenciado comprende al menos tres, y posiblemente hasta seis, niveles de escrutinio). Véase R. Randall Kelso, “United States Standards of review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry”, *ExpressO* (2012), p. 38 (distingue hasta siete niveles de escrutinio diferenciado).

Una pluralidad de jueces de la Corte argentina ha sostenido que el control constitucional en el derecho argentino debe distinguirse de, y es preferible a, la doctrina del escrutinio estricto norteamericano, incluso cuando aparecen involucradas restricciones a derechos o libertades considerados como especialmente importantes en nuestro ordenamiento constitucional. Así, en “Asociación de Teleradiodifusoras” —un caso en que se discutía el alcance de la libertad de expresión— la mayoría sostuvo que: *“si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este Tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro (o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros) siempre se ha predicado su armonización”*.¹⁸

Con todo, la Corte ha empleado un mecanismo muy similar al del escrutinio estricto norteamericano en muchos casos, a veces incluso invocando expresamente esa doctrina. Actuó de ese modo en situaciones donde estaba en juego el derecho a la igualdad y, más específicamente, el derecho a no ser sometido a una discriminación arbitraria. Así sucedió —con una mayoría consolidada— en los casos de las llamadas “categorías sospechosas”, y mediante votos individuales en otros supuestos, como se verá enseguida.

La Corte ha venido desarrollando la idea de que ciertas distinciones, que se asientan en las llamadas “categorías sospechosas”, disparan la aplicación de un control constitucional que

¹⁸ CS, 7/6/2005, “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos* 328:1825, cons. 18 del primer voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. La jueza Argibay parece haber variado su criterio, puesto que con posterioridad a la decisión citada, ha propiciado la aplicación de mecanismos de control intensificado en una variedad de áreas (regulación de la propiedad por razones de emergencia económica -*Fallos* 329:5913, voto de la jueza Argibay-; distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso a beneficios de la seguridad social -*Fallos* 330:3853, voto de los jueces Petracchi y Argibay) o ha adherido a la aplicación del escrutinio estricto (*Fallos* 329:2986; 331:1715; 332:433), además del caso de los DNU mencionado en el texto principal. Algo similar puede decirse respecto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, quienes en otras causas también han aplicado el escrutinio estricto (Highton de Nolasco formó parte de la mayoría de “Hoofit” y, junto a Lorenzetti, integró la mayoría en “Partido Nuevo Triunfo”; Lorenzetti, a su vez, votó con la mayoría en “Mantecón Valdés” y “Gottschau”). Una manera alternativa de entender la relación entre el voto de estos jueces en “Asociación de Teleradiodifusoras” y en los restantes casos mencionados es limitar lo dicho en esa sentencia a los casos en que está en juego la regulación de la libertad de expresión, casos en los que no correspondería aplicar escrutinio estricto. La jueza Highton de Nolasco ha dejado ver que no necesariamente comparte la posición de la jurisprudencia dominante en todas las áreas en que se ha considerado usualmente aplicable el escrutinio estricto (véanse sus disidencias parciales, junto al juez Maqueda, en “Gottschau” y “Mantecón Valdés”). En el caso de la jueza Argibay, en cambio, la posición de “Asociación de Teleradiodifusoras” parece haber sido transicional.

supone un escrutinio más estricto que el tradicional test de “mera razonabilidad”.¹⁹ Esa mirada comprende, como se señalaba antes, la presunción de inconstitucionalidad de las normas analizadas o, al menos y para algunos jueces, un escrutinio distinto a la mera razonabilidad.²⁰

Como se señalara antes, la mayoría de “Partido Nuevo Triunfo” reafirmó que la plena vigencia del test de “Hoof” en materia de distinciones sobre la case de categorías “sospechosas”²¹ y entendió que la decisión judicial que, basada en las opiniones políticas discriminatorias representadas por la agrupación, denegaba la personería solicitada satisfacía ese test más exigente.²²

En “Reyes Aguilera”, como ya se señalara, los jueces Petracchi y Argibay sostuvieron las normas que distinguen entre nacionales y extranjeros a los fines del otorgamiento de una pensión por discapacidad, deben ser sometidas a escrutinio estricto en razón de su “*contradicción directa con el texto constitucional*”, lo que las volvería sospechosas de discriminación.

En materia de igualdad, entonces, parece haber cierta homogeneidad en cuanto a los criterios mencionados más arriba (aplicabilidad, contenido y justificación).

¹⁹ Véase, por ejemplo, CS, 08/11/1988, “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos* 311:2272, cons. 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué (establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el art. 20 de la C.N., se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un “interés estatal insoslayable” que justifique la medida); CS, 16/11/2004, “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos* 327:5118 (sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los arts. 1 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso); CS, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Fallos* 329:2986 (en igual sentido a “Hoof”); CS, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional –Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Fallos* 331:1715 (dictamen de la procuración general, al que remite la mayoría de la Corte, en igual sentido a “Hoof” y “Gottschau”). Más recientemente, en CS, 21/02/2013, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, una mayoría de la Corte sostuvo que “el artículo 7, inciso d, de la ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos” y remitió a lo decidido en “Calvo y Pesini” (*Fallos* 321:194) y “Gottschau”. Como se verá más adelante, los tests aplicados en ambos precedentes no son del todo coincidentes, de lo que cabe inferir que para la mayoría de la Corte “Calvo y Pesini” sería un paso intermedio en la evolución del escrutinio estricto, cuya fisonomía actual aparece reflejada claramente en “Gottschau”.

²⁰ Véase nota 4.

²¹ *Fallos* 332:433, cons. 6 del voto de la mayoría.

²² *Id.*, cons. 7 del voto de mayoría.

Considérese el criterio de la aplicabilidad, es decir, la cuestión de cuándo se activa ese tipo de control diferenciado. Hay un patrón claro, en la doctrina de la Corte, acerca de los casos en que es aplicable. Así, el mecanismo se activa cuando están en juego normas o actos que establecen distinciones basadas en criterios expresamente prohibidos en el texto constitucional o en tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, como sucede con la raza, o el origen nacional.²³

Considérese ahora el criterio del contenido. En todos esos casos el control de constitucionalidad consiste en hacer tres cosas específicas: debe presumirse que el acto o norma cuya constitucionalidad se juzga es inconstitucional; debe distribuirse la carga probatoria o argumentativa al interesado, de manera que es este quien debe probar la constitucionalidad; y el interesado debe probar ciertas cosas específicas (que el medio elegido es el menos restrictivo de los derechos en juego y que promueve efectivamente los fines perseguidos).

La idea general tiene antecedentes en algunos votos concurrentes en decisiones anteriores sobre la materia. Así, en “Repetto” dos jueces introdujeron la idea de que las normas que colisionan directamente con cláusulas constitucionales precisas y categóricas, se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad, presunción que solamente puede ser rebatida por quien demuestre un “interés estatal urgente” que justifique la medida en cuestión. No bastaba, para esos jueces, con que la medida fuera razonable.²⁴ La noción se encontraba en estado germinal aún, y sus sostenedores no dieron mayores precisiones acerca de qué constituiría un interés estatal suficientemente importante para superar el test propuesto. Por lo demás, y de manera similar a lo ocurrido en el derecho estadounidense,²⁵ este primer coqueteo explícito con una doctrina más o menos sistemática de control más intenso de razonabilidad tiene únicamente un requisito específico: la importancia del interés

²³ Como se ha señalado más arriba, si bien ha habido intentos de justificar la aplicación de un escrutinio estricto en otras áreas, en base a razones distintas a la existencia de una prohibición categórica, por ejemplo, el carácter fundamental del derecho en juego, esos votos no han logrado constituirse en mayoría. Véanse, por ejemplo, “José Luis García” (*Fallos* 312:1082), “Arena” (*Fallos* 312:2218), “Dessy” (*Fallos* 318:1894), “Asociación de Teleriodifusoras” (*Fallos* 328:1825). Tampoco ha habido acuerdo respecto de si ciertas prohibiciones categóricas (e.g., la interdicción de la censura previa) deben dar lugar a una presunción de inconstitucionalidad atada a un escrutinio intenso o, por el contrario, a una lisa y llana declaración de inconstitucionalidad. Véase, al respecto, “S., V., c/M., D.A.”, *Fallos* 324:975.

²⁴ *Fallos* 311:2272, cons. 7 del voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué.

²⁵ Stephen A. Siegel, op. cit., p. 361 (afirma que el requisito del “narrow tailoring” de las medidas respecto del fin es el más antiguo de los elementos que conforman el escrutinio estricto moderno).

estatal en juego.²⁶ Con posterioridad, se agregarían, en el marco de otros debates, elementos que irían definiendo en mayor medida la fisonomía del escrutinio estricto. Las decisiones en las causas “Arenas” y “Dessy”²⁷ constituyeron algunos pasos intermedios en este recorrido, introduciendo la noción de que los medios elegidos deben, a fin de resultar constitucionalmente válidos, ser los menos restrictivos de los derechos en juego. “Calvo y Pesini”,²⁸ relativo al principio de igualdad, fue otro estadio intermedio en la evolución del test, donde se estableció la idea de que el interés estatal en juego debía ser más importante que el meramente legítimo, y desplazaba la carga de la prueba.

Recién en 2004, en la causa “Hoofdt” y entonces sí por una mayoría, el test fue completado con el requisito de que los medios elegidos, además de ser los menos restrictivos del derecho regulado, promuevan efectivamente los fines perseguidos. Así quedó configurado el contenido actual del escrutinio estricto. En la causa citada se dijo: “[...] la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.²⁹

Nótese, sin embargo, que si bien en “Partido Nuevo Triunfo” se insistió en que “el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”,³⁰ no es del todo claro en la fase de aplicación del test que invoca. En

²⁶ La utilización del escrutinio más estricto en base únicamente al carácter “insoslayable”, “vital” o “urgente” del interés estatal perseguido se reiteró en la causa “José Luis García”. Allí los jueces Petracchi y Bacqué —en disidencia— extendieron la aplicación al ámbito de las llamadas “libertades fundamentales”, carácter que en el caso le atribuyeron a la libertad de expresión. CS, 29/06/1989, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”, *Fallos* 312:1082, cons. 7 del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué.

²⁷ Ambas decisiones son analizadas con mayor detenimiento más abajo.

²⁸ *Fallos* 321:194.

²⁹ *Fallos* 327:5118, cons. 6. Énfasis en el original.

³⁰ *Fallos* 332:433, cons. 6 del voto de mayoría.

efecto, el fallo dedica largos párrafos a mostrar cómo el interés del Estado en evitar la propagación de plataformas políticas abiertamente discriminatorias es insoslayable, pero no dedica palabra alguna a intentar persuadir de que la decisión era la menos restrictiva del derecho invocado, limitándose a darlo por supuesto. Una curiosidad adicional que presenta el enfoque aplicado en el fallo, y que puede explicar la omisión mencionada, es que las cláusulas “antidiscriminatorias” contenidas en diversos tratados de derechos humanos son invocadas simultáneamente para justificar la aplicación de un escrutinio estricto y para mostrar el deber (interés estatal insoslayable) del Estado de prohibir la actividad de organizaciones como la que pretendía reconocimiento en esos autos. Tal vez una forma mejor de haber encarado el caso hubiera sido entender que la regla general que prohíbe ciertas distinciones (en el caso, aquellas basadas en opiniones políticas) y que, según la Corte, dispara un escrutinio estricto, era desplazada por una serie de reglas más circunscriptas y específicas, y de idéntica jerarquía, que constituían una excepción a aquella regla general e imponían un resultado determinado. La ausencia de toda mención a cómo se satisfacía el requisito de ser el medio menos restrictivo del derecho, en el marco del escrutinio estricto sobre la base del cual la Corte prefirió encarar el caso, se explica cuando uno lo entiende desde la óptica alternativa propuesta: no había otro medio menos restrictivo del derecho porque las normas invocadas específicamente mandaban prohibir el tipo de actividad que los peticionantes aspiraban a realizar. Este, a nuestro juicio, error de enfoque muestra cierta reticencia de la Corte Suprema a interpretar las reglas como tales, prefiriendo en general el más flexible formato de los principios, aun a costa del tenor literal de los preceptos.

Hay en esta serie de casos, por último, un patrón homogéneo también respecto del criterio de la justificación, es decir, respecto de la cuestión de qué justificaría la activación del mecanismo de control diferenciado descripto. Al menos de modo explícito, la mayoría invoca como justificación la idea de una prohibición expresa, clara o categórica en el texto constitucional o convencional.³¹ Así, en “Hoof” se afirmó que “[a]nte preceptos tan explícitos” como el art. 23, Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la norma cuestionada por contradecir aquellos

³¹ Roberto Saba entiende que la razón subyacente a la aplicación del escrutinio estricto en la jurisprudencia de la Corte sobre igualdad y “categorías sospechosas” es “la irrazonabilidad que en principio tienen estas categorías para justificar *casi cualquier tipo* de diferencia en el trato que se funde en ellas”. Véase Roberto P. Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones. ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella (coordinador), *TEORÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL* (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, T. II), p. 709.

“se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad”³² y en “Partido Nuevo Triunfo” se enfatizó que “este Tribunal ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso *cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos* (también llamados "sospechosos"). El derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la *prohibición expresa* de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).”³³

Contrariamente, en “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual”³⁴—caso en que estaba en juego la orientación sexual como criterio justificatorio de una denegación de personería jurídica—³⁵la Corte declinó la invitación a tratar la mentada característica personal como una “categoría sospechosa”³⁶ que disparara la aplicación de un escrutinio estricto.³⁷ Si esta decisión es consistente con el patrón de justificación observado en el resto de los casos (donde una mayoría abraza la aplicación del análisis más intenso e intrusivo) es, naturalmente, discutible. La respuesta, desde una perspectiva dogmática, depende de si la orientación sexual aparece o no comprendida dentro de las prohibiciones en cuestión. Desde una perspectiva distinta, es posible conjeturar que “A.L.I.T.T.” es, en el punto, fruto de un “acuerdo incompletamente teorizado”,³⁸ el mínimo común que todos los jueces estuvieron dispuestos a firmar, dejando de lado —por el momento— la cuestión referida a

³² Fallos 327:5118, cons. 2. Énfasis agregado. La misma idea aparece en el cons. 11 del voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay en Fallos 330:3853.

³³ Fallos 332:433, cons. 6 del voto de la mayoría. Énfasis agregado.

³⁴ CS, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia”, Fallos 329:5266.

³⁵ *Id.*, cons. 23 del voto de mayoría (“[...] la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada”).

³⁶ Que el argumento estaba en juego en el caso es evidente, puesto que había sido tratado por la Cámara (cons. 2 del fallo de la Corte, resumiendo los argumentos del tribunal apelado).

³⁷ *Id.*, cons. 24 del voto de la mayoría (“La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige *al menos* una *conexión racional* entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate”; énfasis agregado).

³⁸ Cass R. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements”, 108 *Harn. L. Rev.* 1733 (1995).

la enumeración de categorías prohibidas y a si corresponde incluir entre ellas a la orientación sexual.

La idea de una prohibición categórica o expresa es, por cierto, conflictiva a la hora de justificar que el acto o norma deba presumirse inconstitucional. Si el acto o norma están prohibidos en sentido categórico, claro o expreso no debería presumirse nada: son inconstitucionales *simpliciter*.³⁹ Pero la idea puede ser entendida de un modo más elaborado si se suponen cosas adicionales. Por ejemplo, podría suponerse que la prohibición categórica en realidad es una manifestación de que el valor protegido (e.g. la igualdad) tiene una consideración primordial en la escala de valores constitucional, de manera que la restricción a ese valor por el acto o norma cuestionados debe responder a la protección especialísima de algún otro valor (e.g. el interés público) que tenga mayor peso en el caso. Pero, como no hay una norma constitucional que establezca expresamente una jerarquía de valores y los compare, resulta complicado (en el sentido de que exige tiempo y esfuerzo) establecer si otro valor tiene mayor peso en el caso. Y como las decisiones judiciales tienen que tomarse en el marco de recursos escasos (probatorios y de tiempo), eso justificaría que el acto se presuma inconstitucional hasta que se pruebe lo contrario.⁴⁰ El argumento que se

³⁹ Así lo entendieron los jueces firmantes del primer voto en “Repetto”, donde se discutía la validez de la distinción entre nacionales y extranjeros en relación con el ejercicio de los derechos civiles, a la luz del artículo 20 de la C.N.. Los jueces Caballero y Belluscio sostuvieron que “No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están *totalmente equiparados* a los argentinos, por expresa prescripción constitucional, de donde *toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y estos* en tales aspectos, *estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional*” (cons. 4; énfasis agregado), que “[...] si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan [...] esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre nacionales y extranjeros” (cons. 5), y —en diálogo indirecto con la concurrencia de Petracchi y Bacqué, que introducía la idea del “interés estatal urgente” como test de constitucionalidad agravado— que “[...] el interés vital del Estado en la educación [...] no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias, ya que *el Estado Nacional Argentino [...] no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución, cuya conveniencia o inconveniencia está vedado a los jueces valorar*” (cons. 6, énfasis agregado). Los jueces Petracchi y Bacqué firmaron idénticos considerandos, agregando luego —de manera al menos incómoda— la posibilidad de justificar eventuales disparidades de trato, de acuerdo al test más intenso que proponían en un último considerando (7). En Fallos 324:975 los jueces Belluscio y Petracchi, en disidencia, entendieron que la clara prohibición de censura previa contenida en el art. 14 era un absoluto y que toda restricción previa era, entonces, insanablemente inconstitucional.

⁴⁰ Sobre la noción de presunción, véase Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES* 62 (Astrea, Buenos Aires, 1998). Vale destacar, no obstante, que en el caso concreto de las “categorías sospechosas” que se apoyan en los textos de los artículos 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podría ser plausible justificar la aplicación de un escrutinio estricto a normas que establecen prohibiciones categóricas (básicamente, no realizar “discriminación alguna” en base a las categorías allí enumeradas), en lugar de la declaración de inconstitucionalidad lisa y llana, por cuanto los textos mismos suponen, de acuerdo a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hay excepciones a la prohibición aparentemente inflexible que ellos contienen. Esto se debe a que la noción de

acaba de sugerir es, por cierto, controvertido. Supone, entre otras cosas, que hay valores constitucionales en conflicto, y que esos valores son conmensurables (es decir, que su peso o fuerza puede compararse). Incluso concediendo esas cuestiones previas, el argumento exige asumir también que esa comparación constitucional de valores puede ser legítimamente realizada por jueces, al menos en casos concretos.⁴¹ Pero es una posibilidad.

Hay casos, conviene anotarlos, donde esa justificación (la invocación de una prohibición clara, categórica o expresa) se complementa con justificaciones adicionales más usuales, en el sentido de que responden al modo habitual en que se justifican muchas presunciones. Así, en ocasiones la Corte invoca la dificultad de que el interesado pruebe el extremo relevante, lo que justificaría que la carga se desplace. Por esos carriles discurre el voto concurrente del juez Petracchi en “Quisberth Castro”, en el ámbito de los derechos sociales.⁴²

discriminación, utilizada en los textos citados (salvo el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que habla de garantizar los derechos “sin distinción alguna” basada en las categorías en cuestión y, ergo, apunta en la dirección de la inadmisibilidad de excepciones), supone que no toda distinción es prohibida; solamente lo son aquellas que no sean “objetivas y razonables” (“El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibile, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”, Corte IDH, OC-18/03, “Condición jurídica de los migrantes indocumentados”, serie A-18, párr. 84). Esta interpretación, obviamente, abre la puerta a la posibilidad de justificar ciertas distinciones, incluso basadas en los criterios prohibidos, fin para el cual el aparato doctrinal del escrutinio estricto parece adecuado.

⁴¹ La previsión de los jueces Belluscio y Caballero en “Repetto”, cuando señalaban que “[...] el interés vital del Estado en la educación [...] no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias, ya que *el Estado Nacional Argentino [...] no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución, cuya conveniencia o inconveniencia está vedado a los jueces valorar*” puede ser interpretada como reflejando algunas dudas respecto de la asunción mencionada en el texto principal. La conveniencia o inconveniencia de hacer prevalecer, en el caso, a algún valor especialísimo frente al valor protegido por la norma constitucional sería algo excluido de las competencias del Poder Judicial, al menos cuando se encuentra en juego una disposición constitucional categórica. Por supuesto, uno podría replicar que estos jueces no están, en realidad, observando la autorrestricción que dicen imponerse por razones de segundo orden, sino que lo hacen por razones de primer orden (su propio juicio acerca de que el interés más vital del Estado sería la observancia de tales disposiciones constitucionales), de modo que están, de hecho, resolviendo el conflicto de valores que dicen evitar. Por supuesto, el problema desaparece si uno elimina la referencia al interés estatal y sostiene simplemente que, cualesquiera sean los méritos de resolver el conflicto en un sentido u otro, los jueces están inhibidos de hacerlo por otro tipo de razones (externas a las razones de primer orden que invocan en el caso). También podría objetarse a tal interpretación de las afirmaciones de los jueces Belluscio y Caballero que, aun concediendo que el interés más vital del Estado sea “el cabal respeto de las prescripciones de su Constitución”, queda abierto a los jueces determinar en qué consiste tal “cabal respeto” y, en ese sentido, requiere asumir que existe al menos un subgrupo de prescripciones constitucionales suficientemente categóricas y claras como para que la determinación de su contenido no requiera valoraciones del tipo de las que los jueces parecen querer evitar con su doctrina.

⁴² CS, 24/04/2012, “Quisberth Castro, Susana Yolanda c/G.C.B.A.”, *Fallos* 335:452, cons. 17 del voto concurrente del juez Petracchi (“Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso”).

En el ámbito de la libertad de expresión, si bien la jurisprudencia estadounidense —en la que la Corte argentina suele encontrar inspiración— y alguna doctrina argentina han abrazado la idea de un escrutinio estricto en la materia,⁴³ esta posición no ha encontrado todavía apoyo mayoritario en nuestra Corte.

Los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni, en disidencia parcial, han sostenido que

*“las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el **contenido** del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo [...] cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...] El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es "necesaria" para el logro de un "apremiante interés público" y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés”.*⁴⁴

Nótese que en este caso el criterio que justifica la aplicación de un tipo diferenciado de control es el carácter fundamental del derecho en juego⁴⁵ y, más claramente, que existen “fuertes razones para presumir que el Estado está persiguiendo [a través de la regulación de la expresión] una finalidad ilegítima”.⁴⁶

⁴³ Véase, Julio C. Rivera (h), *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO* (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009), p. 129-151 (aunque considera en principio valiosa la jurisprudencia estadounidense que distingue entre regulaciones del contenido de la expresión y regulaciones de la forma, modo y tiempo de la expresión —que serían presumiblemente neutrales respecto del contenido del mensaje—, propone un esquema más refinado, en el que corresponde aplicar un escrutinio estricto para las normas que regulan “ámbitos sensibles” de la libertad de expresión —y no a toda regulación del contenido— y un test de mera razonabilidad para las regulaciones que no incursionan en tales “ámbitos sensibles”).

⁴⁴ CS, 7/6/2005, “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos* 328:1825, cons. 9 del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni. La negrita es del original.

⁴⁵ CS, 29/06/1989, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”, *Fallos* 312:1082, cons. 7 del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué. Nótese, sin embargo, que este caso —uno de los pioneros en materia de escrutinios intensificados— el análisis se asentó únicamente en la comprobación del carácter “vital”, “urgente”, etc., del interés estatal en juego. La segunda parte del escrutinio estricto, tal como lo utiliza hoy la Corte, no había encontrado todavía desarrollo.

⁴⁶ Julio C. Rivera (h), op. cit., p. 131. En sentido similar, *Fallos* 328:1825, cons. 9 del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni, donde se citó —con aprobación— la jurisprudencia estadounidense que aplica un escrutinio estricto a este tipo de casos porque “es raro que una limitación que restrinja la expresión a causa de su contenido sea válida, razón por la cual si se diera al Estado el beneficio de la duda cuando procura coartar de esa manera el discurso, se correría el riesgo de admitir regulaciones que buscan modelar nuestras personalidades o silenciar ideas disidentes”.

En “Arena”, un fallo relativamente temprano en el que estaba involucrado el derecho a la intimidad de la actora, el primer voto de los jueces Petracchi y Bacqué sostuvo que:

“[n]o desconoce el tribunal la fuerte intrusión que las medidas impugnadas [...] provocan en el derecho a la intimidad de la actora, pero es precisamente el caso de autos en el cual resulta aplicable la doctrina según la cual son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital —como lo es la preservación de la integridad física de los internos— y no parecen existir, por lo menos de lo que surge de las constancias de la presente causa, vías alternativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal”⁴⁷

El escrutinio estricto contemporáneo estaba tomando forma, antes de su consolidación definitiva en el ámbito de la igualdad: apareció, al lado de la idea de que el Estado debía mostrar que el interés perseguido era de una importancia particular, la necesidad de que los medios fueran los menos restrictivos del derecho en juego.⁴⁸ El voto no es claro, sin embargo, en lo relativo a la aplicabilidad y justificación del escrutinio que proponía. Una lectura posible del voto es que la justificación estaría dada por la importancia del derecho en juego, y la aplicabilidad sería determinada por la severidad de la restricción al derecho.

⁴⁷ CS, 21/11/1989, “Arena, María y Lorenzo, Karina s/recurso de amparo”, *Fallos* 312:2218, cons. 11 del primer voto de los jueces Petracchi y Bacqué. En el caso se discutía la constitucionalidad de una disposición emitida por autoridades del Servicio Penitenciario Federal, según la cual las personas que concurrían a visitar a internos en unidades de esa institución debían someterse a una requisita que incluía la exhibición de sus partes íntimas. La Corte rechazó el amparo. El juez Fayt votó en disidencia, sin referir directamente ningún test de razonabilidad diferenciado, pero utilizando implícitamente el argumento novedoso que introducía el primer voto. En efecto, la disidencia entendió que correspondía hacer lugar a la acción de amparo por cuanto entendió que era “público y notorio que en la actualidad se ofrecen comercialmente —no ya a un nivel experimental— medios de detección más eficaces que los tactos vaginales y la inspección ocular. Tales los sillones o banquetas detectores, para citar un solo ejemplo, que permiten una prospección ecográfica, y son usados en salas Vip de aeropuertos. En un mundo que avanza tecnológicamente no puede negarse la aplicación de ese progreso en un sector tan conflictivo de la vida de la sociedad” (cons. 14). Si bien el pasaje transcripto refiere la eficacia de los medios, sin referencia a su efecto sobre los derechos en juego, es evidente que lo relevante en la determinación de razonabilidad que efectuaba el juez Fayt no era que esas alternativas fueran más eficaces que las implementadas, sino que siendo al menos igualmente eficaces, parecían restringir menos los derechos cuya protección se invocaba.

⁴⁸ Si el voto del juez Fayt se interpreta en el sentido propuesto en la nota anterior, “Arena” puede ser el primer caso en que una mayoría de la Corte Suprema utiliza —con resultados divergentes, claro— el test de necesidad de los medios.

En otro caso donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, elaborando un poco más aquellas ideas, sugirió que atento

*“el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego [...] para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere [...] que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medio deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes”*⁴⁹

Ese mismo voto enfatizó que *“cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental [...] no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad”*.⁵⁰ De acuerdo a estos jueces existen distintas *“apreciaciones, cotejos y escrutinios, cuyas modalidades de aplicación traducen [...] respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental”*.⁵¹

La pluralidad de “Dessy” coincidió con algunos votos anteriores en justificar la aplicación de un criterio especialmente riguroso en el “carácter eminente del derecho constitucional en juego” —justificación utilizada por la disidencia en “José Luis García” y, tal vez, por el primer voto de “Arena”—, y parcialmente en el contenido del test (donde se continuó avanzando en la dirección del escrutinio estricto actual, con matices interesantes).⁵² En materia de aplicabilidad, estos jueces fueron más explícitos que sus colegas de “Arena” y consideraron abiertamente que la severidad de la restricción era lo que disparaba la presunción de inconstitucionalidad.⁵³

⁴⁹ CS, 19/10/1995, “Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus”, *Fallos* 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 11.

⁵⁰ *Fallos* 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 12.

⁵¹ *Fallos* 318:1894, voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, cons. 17.

⁵² Como la necesidad de analizar la relación medios-fines a la luz de la interferencia con otros intereses concurrentes.

⁵³ Esta idea encuentra algunas resonancias en la jurisprudencia de la jueza Argibay en materia de regulación a la propiedad por razones de emergencia económica. Véase *Fallos* 329:5913, cons. 5 del voto concurrente en el resultado de la jueza Argibay. Para un análisis más completo del punto, véase el trabajo de autoría de uno de nosotros sobre emergencia económica, en esta misma obra.

Recapitulando: salvo los casos de igualdad en los que aparecen involucradas “categorías sospechosas”, no hay una doctrina consolidada de la Corte Suprema en materia de aplicación de este primer tipo de control diferenciado de constitucionalidad. No hay, tampoco, homogeneidad respecto de los criterios de contenido, aplicabilidad y justificación, más allá de ocasionales coincidencias o vinculaciones argumentativas que pueden trazarse.

Hay, en definitiva, un primer tipo de control diferenciado de constitucionalidad empleado por la mayoría de la Corte en casos de igualdad en los que aparece en juego una de las llamadas “categorías sospechosas”: un control muy similar al *strict scrutiny* de la doctrina norteamericana, que exige presumir que esos actos o normas son inconstitucionales y distribuir la carga probatoria al interesado (con cierto contenido específico). Ese mecanismo se activa cuando hay actos o normas discriminatorios que establecen distinciones en base a criterios prohibidos. Y se justifica por el carácter categórico, claro o expreso de la prohibición (o, si se quiere, por la importancia de los valores en juego según el argumento que se acaba de sugerir). Respecto de casos que involucran otros derechos, el nivel de acuerdo entre los jueces ha sido sustancialmente menor —al punto de no haberse constituido mayorías que permitan sostener, con rigor, la existencia de una postura de la Corte— y no puede hablarse de homogeneidad en lo referente a los criterios de aplicabilidad, contenido y justificación, como se ha mostrado más arriba.

2. El escrutinio estricto como interpretación restrictiva.

Un segundo tipo de control diferenciado de constitucionalidad apela a la idea de interpretación restrictiva. La idea de interpretación restrictiva se emplea normalmente, en el derecho en general, de tres maneras diferentes. Se la usa para identificar el contenido de las normas en juego. Se la usa para establecer si un determinado caso individual satisface las condiciones fijadas en la norma ya identificada.⁵⁴ O se la usa para ambas cosas.

Algunos casos decididos por la Corte Suprema, en los que estaban en juego derechos patrimoniales, exhiben precisamente este tipo de control de constitucionalidad. Algunos constituyeron doctrina del Tribunal en algún momento; otros, simplemente posiciones de uno de sus jueces.

⁵⁴ La noción de caso individual, por contraste con la noción de caso genérico, alude a una situación concreta (real o imaginaria) que debe encuadrarse en el antecedente de alguna norma o *standard* (el caso genérico) si es que uno quiere establecer su calificación deóntica. Cfr. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *op. cit.*, p. 58.

Así, en “Rodríguez, Juan c/Compañía Embotelladora Argentina S.A.”, la Corte sentó el principio según el cual toda norma que obligue al pago de una deuda ajena se halla afectada por una fuerte presunción de inconstitucionalidad:

“[...] las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que motivó la reclamación de autos, requiere [sic] *la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo*. Esta exigencia de *un escrutinio estricto de los recaudos legales* que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la *fuerte presunción de inconstitucionalidad* que brota de toda norma —o de su interpretación— que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la ley 19.550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional”⁵⁵

En otros casos, en el contexto de normativa de emergencia económica, el juez Lorenzetti ha abrazado la idea de que el control de constitucionalidad de normas que restringen el derecho de propiedad, en sentido amplio, supone que “quien pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión”⁵⁶ y que “toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva”.⁵⁷

⁵⁵ CS, 15/04/1993, “Rodríguez, Juan R. c/Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro”, *Fallos* 316:723, cons. 8 del voto de la mayoría. Énfasis añadido. El criterio fue reiterado años más tarde en “Escudero”. CS, 14/09/2000, “Escudero, Segundo R. c/Nueve A S.A. y otros”, *Fallos* 323:2552. La suerte de esta doctrina, sin embargo, no es clara, luego de la decisión registrada en “Benítez, Osvaldo c/Plataforma Cero S.A.”, *Fallos* 332:2815, donde la mayoría de la Corte descalificó por arbitraria la sentencia de Cámara que, fundada en “Rodríguez”, había rechazado la acción basada en la solidaridad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Entendió la mayoría que la decisión recaída en “Rodríguez” no podía obligar al juzgador, porque había sido dictada con base en la doctrina de la arbitrariedad y sobre materias no federales (en principio ajenas a la competencia apelada del tribunal), con lo que carecía de valor de precedente. De tal modo, reenvió el caso para que se juzgara nuevamente la cuestión relativa a la interpretación de aquella norma. Si la Corte toma en serio el criterio aplicado en “Benítez” para descalificar la sentencia de la alzada, dependerá ahora de los tribunales inferiores si las normas que establecen el pago de una deuda ajena están sujetas a esta presunción de inconstitucionalidad (que obliga a su interpretación restrictiva) o a un nivel de análisis más laxo y que no implica “sospechar” de la norma.

⁵⁶ CS, 26/12/2006, “Massa, Juan A. c/E.N.A. y Bank Boston”, *Fallos* 329:5913, cons. 26, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; CS, 18/12/2007, “Longobardi, Irene Gwendoline c/Instituto de Educación Integral San Patricio SRL”, *Fallos* 330:5345, cons. 13, disidencia del juez Lorenzetti; CS, 06/05/2008, “Fecred S.A. c/Mazzei, Osvaldo y otro”, *Fallos* 331:1040, cons. 14, disidencia del juez Lorenzetti.

⁵⁷ *Fallos* 330:5345, cons. 14, disidencia del juez Lorenzetti; CS, *Fallos* 330:3483, cons. 4, voto concurrente del juez Lorenzetti; CS, *Fallos* 331:1040, cons. 13, disidencia del juez Lorenzetti.

Hay dos precisiones que conviene efectuar. Como se advierte sin dificultad, tanto la posición mayoritaria de “Rodríguez” como los votos separados y disidencias del juez Lorenzetti realizan un examen que parece implicar dos cosas. Por un lado, la interpretación literal de la norma en cuestión, de modo que esta no abarque más casos que los consignados estrictamente en su sentido literal. Por otro lado, la comprobación estricta de la concurrencia de los requisitos enumerados por la norma para producir la consecuencia jurídica en cuestión. En caso de duda sobre cualquiera de estos puntos, debe considerarse que un caso no está incluido en la norma o que un requisito de aplicabilidad de ella no está cumplido. Ambos exámenes presentan, sin embargo, una diferencia. Mientras las posiciones de Lorenzetti invierten la carga argumentativa (y, cabe presumir, probatoria) sin restricciones, lo que implicaría que hay una presunción *prima facie* de invalidez —y en este sentido parecen asemejarse al primero tipo de control analizado antes—, la regla contra la asunción involuntaria de deudas ajenas parece limitarse a establecer una presunción en caso de duda razonable. La segunda observación se refiere específicamente a las posiciones del juez Lorenzetti, cuyo abrazo entusiasta de un examen de constitucionalidad intenso en los casos de emergencia económica se contradice de plano con su aceptación de un test sumamente deferente en materia de derechos patrimoniales en la sentencia “Grupo Clarín”. Allí sostuvo, junto a la jueza Highton de Nolasco, que:

“Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza [...] el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad”⁵⁸

Es difícil compatibilizar ambas posturas. Una manera posible es considerar que el escrutinio intenso que ha propuesto el juez Lorenzetti en diversas ocasiones se limita a casos de emergencia, mientras que cuando las regulaciones de la propiedad no revisten tal carácter corresponde aplicar el test deferente propiciado en la causa “Clarín”. Pero retomemos la construcción del test intenso, en base a la interpretación restrictiva.

La idea de interpretación restrictiva, cuando se emplea para establecer si un caso encuadra en una norma o no, está normalmente acotada a las situaciones donde eso es dudoso. Por

⁵⁸ CS, 29/10/2013, G.XLIX.439, “Grupo Clarín SA y otros /c Poder Ejecutivo Nacional y otro /s acción meramente declarativa”, cons. 37, primer voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, sentencia sin paginar en la Colección de *Fallos* a la fecha de escribirse este artículo. El análisis, en ese caso, aplicó la presunción de constitucionalidad habitual, y se centró en la idoneidad genérica de los medios para alcanzar los fines legítimos perseguidos, y en la alegada proporcionalidad que las normas revestían a juicio de los magistrados.

ejemplo, en otro ámbito completamente diferente, si hay dudas acerca de si la actuación de una de las partes en un pleito bloquea la declaración de caducidad de instancia, entonces debe asumirse que las condiciones para declararla no están satisfechas.⁵⁹ En el ámbito de la libertad de expresión, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha formulado la regla según la cual *cuando los hechos no son claros* respecto de la aplicación de una norma que podría restringir la libre expresión, la protección apropiada de tal derecho requiere imponer los costos de sacar conclusiones equivocadas en el gobierno *a través de la inversión de la carga de la prueba*.⁶⁰

En el caso ya mencionado sobre inviolabilidad del domicilio, el juez Petracchi sostuvo que, si bien la eminente jerarquía de dicho derecho debe compatibilizarse con el interés social en la averiguación de los delitos, *“la íntima conexión existente [...] con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías”* y que, por ello, *“deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas”*.⁶¹ En el contexto del caso, el juez entendió que esas pautas rigurosas comprendían la interpretación restrictiva de las causales de excepción al requerimiento de orden escrita de autoridad competente que contenga precisiones sobre el lugar y objeto de la medida y que no cabe presumir la renuncia a un derecho fundamental como la inviolabilidad del domicilio de la mera falta de protesta activa del morador.⁶²

En suma, desde el punto de vista de la aplicabilidad y del contenido, el control diferenciado de constitucionalidad consistente en la interpretación restrictiva exige, en materia de derechos, lo siguiente: ciertas normas que establecen el pago de deudas ajenas o que regulan por razones de emergencia un derecho de propiedad constitucionalmente

⁵⁹ Fallos 329:3800; 324:1992; 323:3204, entre otros.

⁶⁰ Stephen A. Siegel, op. cit., p. 360 (interpreta en ese sentido la decisión de la Corte estadounidense en “Speiser v. Randall”). En el caso analizado se declaró inconstitucional una norma del estado de California que, para conceder una exención impositiva, exigía que quienes se hubieran negado a firmar un formulario bajo juramento según el cual los firmantes no promovían el derrocamiento del gobierno federal o estadual por la fuerza u otros medios ilegítimos (requisito fijado por la Constitución de California para la concesión de exenciones impositivas), no *demonstraran* a través de un procedimiento administrativo o judicial que, efectivamente, no efectuaban tales actividades y, en consecuencia, no se encontraban comprendidos en la categoría de personas a las que la Constitución estadual denegaba exenciones. Como no era claro que los actores encuadraran en la exención, puesto que habían rechazado firmar el formulario, la Corte interpretó restrictivamente la norma en juego y exigió que la prueba de que la exención no se aplicaba debía recaer sobre el Estado. Véase 357 U.S. 513 (1958)

⁶¹CS, 27/11/1984, “Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes”, Fallos 306:1752, voto concurrente del juez Petracchi, cons. 6.

⁶² *Id.*, cons. 8.

protegido, o que precisan los supuestos de excepción a la inviolabilidad del domicilio, deben ser identificadas mediante una interpretación literal, de manera que cuando hay dudas acerca de si un caso específico encuadra en la norma o si un requisito de aplicabilidad de la norma está cumplido, la carga de la prueba recae sobre el interesado y ante la falta o insuficiencia de prueba, debe presumirse que el caso no está comprendido en la norma o que sus requisitos de aplicabilidad no se hallan reunidos.

Desde el punto de vista relativo a qué justificaría este control diferenciado, el argumento parece descansar en distintas razones en cada uno de los casos analizados. En materia de asunción de deudas ajenas, la justificación parece ser la inviolabilidad de la propiedad individual, que se ve fuertemente comprometida cuando una persona ve su patrimonio sujeto a agresión por acreedores de terceros. La misma afectación al principio de inviolabilidad parece subyacer a la posición del juez Lorenzetti, quien ensaya una justificación bifronte: por un lado, una razón deontológica basada en el derecho individual de propiedad y su rol en el desarrollo de los individuos como agentes morales autónomos, y por otro un análisis consecuencialista basado en las décadas de experiencia respecto de los efectos devastadores que la normativa de emergencia ha tenido sobre el derecho de propiedad y, no menos importante, sobre el orden institucional argentino.⁶³ En el caso de la postura del juez Petracchi en materia de inviolabilidad del domicilio, la justificación recae en el carácter eminente del derecho en juego, por su vinculación directa con valores a los que se les asigna un lugar preponderante en la axiología constitucional.

⁶³ “Que es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada [...] Es un principio que todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe tutelar. El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces [...] también cabe valorar las consecuencias de la amplia tolerancia a las restricciones de los derechos contractuales por razones de emergencia consolidada a lo largo más de setenta años [...] la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico”, cons. 26, 29 y 30, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti en *Fallos* 329:5913. Esta posición del juez Lorenzetti respecto de la justificación del derecho de propiedad guarda estrecha vinculación con teorías que, con base en ciertas ideas aristotélicas, vinculan la protección (y los límites) de la propiedad privada con el “floreamiento humano”. Este tipo de teorías son básicamente pluralistas y acomodan bien en su seno consideraciones deontológicas y consecuencialistas, entre otras, en miras al desarrollo pleno de una vida humana digna de ser vivida. Véase, por ejemplo, Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver, *AN INTRODUCTION TO PROPERTY THEORY* 80-101 (Cambridge University Press, New York, 2012).

Por último, merece la pena señalar las diferencias entre este tipo de control diferenciado de constitucionalidad y el primero. Algunas son obvias, como la clase de casos que activan cada mecanismo (aplicabilidad) y la fundamentación de cada mecanismo (justificación). Es menos obvio que haya una diferencia de contenido *relevante* pues, podría pensarse, a la postre ambos *tests* de constitucionalidad desplazan la carga de la prueba: si el interesado no prueba la constitucionalidad, entonces la norma o acto se reputa inconstitucional.

Hay sin embargo una diferencia que, si bien sutil, es importante. Pues el primer *test* exige desplazar la carga de la prueba siempre, y el segundo sólo en el caso de duda razonable. Esa diferencia tiene importantes consecuencias prácticas.

Así por ejemplo, en materia cautelar, si el acto se presume inconstitucional (como lo exige el primer tipo de *test*), entonces al menos uno de los requisitos de las medidas precautorias —la verosimilitud del derecho— está satisfecho *ipso facto*, sin necesidad de argumentar o probar nada por parte del requirente. Incluso, salvo excepciones,⁶⁴ quien debe demostrar la constitucionalidad no tiene participación en el pedido de la medida cautelar, y por tanto nada puede probar tampoco. No sucede eso con el segundo tipo de control diferenciado. Aun si las normas o actos son de interpretación restrictiva, quien impugna un acto por inconstitucional tiene que acercar alguna prueba o argumento, como mínimo, para acreditar la verosimilitud del derecho. Pues el segundo tipo de control diferenciado sólo demanda que, *frente a la duda*, el acto se repute inconstitucional.

Algo similar ocurre si se considera cómo debería ser un pronunciamiento sobre el fondo. Si es aplicable el primer *test*, hasta que el interesado no pruebe fehacientemente que el acto es constitucional, debe reputárselo inconstitucional. Aun cuando haya razones para pensar que el acto o norma es constitucional, si el interesado no acerca la prueba o argumentos relevantes, esas razones no cuentan. Por contraste, si es aplicable el segundo *test*, la presunción de inconstitucionalidad entra a jugar cuando existen dudas respecto de la validez constitucional de la norma o acto. Si hay razones para pensar que ella es constitucional, aunque el interesado no acerque la prueba o argumento relevante, esas razones cuentan. La diferencia no es menor.

⁶⁴ Algunas leyes de procedimiento contencioso administrativo locales exigen el traslado previo a la decisión sobre la procedencia de una medida cautelar que suspende la ejecución de actos administrativos. En el orden federal, rige el art. 4 de la ley 26.854, que exige previo a la resolución sobre todo pedido de medida cautelar contra acciones u omisiones del Estado Nacional o sus entes descentralizados, un informe del Estado respecto del interés público comprometido en la concesión de la cautelar solicitada.

3. El escrutinio estricto a través de doctrinas específicas para ciertas situaciones que involucran determinados derechos.

Otro tipo de control de constitucionalidad diferenciado que adopta formas ciertamente diferentes a las de los *tests* ya reseñados, pero que traduce similar refuerzo de cierto derecho constitucional frente a otros derechos, es la doctrina de la “real malicia”. Como es sabido, esta doctrina abarca una subclase de casos donde está en juego la libertad de expresión en colisión con el derecho al honor, la honra o la reputación. Se trata de una doctrina específica, aplicable al control de constitucionalidad de sentencias o, si se quiere, de la aplicación de normas de responsabilidad civil en ciertas áreas temáticas.⁶⁵ En lo que al contenido respecta, se trata de una doctrina que no indica que deba presumirse nada, ni propone reglas de interpretación restrictiva (como sucede con los tipos anteriores). Más bien, establece un factor de atribución específico con un umbral probatorio muy exigente, y guarda similitud con el escrutinio estricto en tanto exige la acreditación de requisitos más astringentes que los habituales⁶⁶ para limitar, vía responsabilidad civil posterior, el ejercicio de la libertad de expresión en cierto tipo de casos.⁶⁷

Desde el punto de vista de la justificación, una idea habitual en la materia es la importancia de la libertad de expresión para la vigencia de un régimen republicano y democrático, importancia que confiere a dicho derecho un lugar eminente entre los derechos

⁶⁵ Agradecemos a Julio C. Rivera (h) quien llamara nuestra atención sobre este punto. La idea de que la “real malicia” es un mecanismo de control intenso está implícita en Julio C. Rivera (h) *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIOS* 157 (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009) (“...el intérprete debe desconfiar de toda reglamentación de la libertad de expresión que afecte el control de los funcionarios públicos y las figuras públicas y debe someterlas a un escrutinio estricto. Por ejemplo, son ‘reglamentaciones sospechosas’ las que incursionan en las siguientes materias: (i) difusión de informaciones vinculadas a funcionarios y figuras públicas” y su nota a pie nro. 94: “En este sentido, la Corte Suprema argentina ha importado de los Estados Unidos la doctrina de la ‘real malicia’”).

⁶⁶ “[...] tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad”, *Fallos* 331:1530, cons. 8 del voto de la mayoría.

⁶⁷ La Corte Suprema entiende que la responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión es una manera posible de delimitar sus límites constitucionales. Así, se ha sostenido —por ejemplo— que “el tema que hoy reclama el control de constitucionalidad, propio de este Tribunal, es saber si en el caso se ha impuesto una *restricción razonable a la libertad de expresión pues no otra cosa implica imponer responsabilidades por su desenvolvimiento*, o sea establecer si ha mediado una limitación compatible con el lugar eminente que esa libertad tiene en un régimen republicano”, CS, 14/10/2003, “Baquero Lazcano, Silvia c/ Editorial Río Negro S.A.”, *Fallos* 326:4136, cons. 16, énfasis añadido.

constitucionales.⁶⁸ Concretamente, en “Patitó” se sostuvo que el test de la real malicia se justifica por ser consistente “*con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.*”⁶⁹

4. Otros tipos

Hay otros casos en que la Corte alude a la idea de un control diferenciado de constitucionalidad que constituyen un grupo heterogéneo porque, frecuentemente, las opiniones mayoritarias o los votos separados no son explícitos respecto de los tres criterios.

a) Un caso particularmente relevante es el de la decisión que apela a la idea de un “escrutinio intermedio”, que se insinuara tímidamente en “Calvo y Pesini”⁷⁰ y que los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, de manera mucho más desarrollada, proponen para aquellas situaciones que ponen en juego la distinción entre nacionales y extranjeros en el acceso a cargos públicos.⁷¹ El voto es explícito respecto de la aplicabilidad y justificación: “*si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa "Hoofi" [...] en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad. La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla [...] Así lo confirma lo dispuesto en el art. 23, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en tanto establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de las oportunidades a que se refiere el inc. 1° —entre ellas el acceso a las funciones públicas—, por razones de [...] nacionalidad [...]* También el art. 1° de

⁶⁸ “[E]ntre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nomina”, *Fallos* 326:4136, cons. 16.

⁶⁹ *Fallos* 331:1530, cons. 8 del voto de la mayoría.

⁷⁰ CS, 24/02/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c/Córdoba”, *Fallos* 321:194. Allí se entendió que la distinción entre nacionales y extranjeros, como elementos del concepto de idoneidad contenido en el art. 16 de la Constitución, requería “una justificación suficiente” por parte de la demandada (cons. 9), justificación que suponía la existencia de un “razonable interés estatal” (cons. 6). En su configuración inicial, el test parecía requerir la acreditación de un interés de moderada intensidad o importancia (por encima de la mera legitimidad) y el desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien defiende la constitucionalidad de la norma atacada.

⁷¹ *Fallos* 329:2986 y 331:1715, votos concurrentes de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.

la ley 23.592 impone el cese de actos discriminatorios especialmente por causas como [...] nacionalidad [...] aunque sólo se concretará su descalificación y consiguiente reparación, cuando el acto reúna los extremos que hacen a la discriminación vedada por la Constitución Nacional y los pactos de igual jerarquía”.⁷²

Una combinación entre permisión explícita convencional de utilización de la categoría “nacionalidad” para regular el acceso a las funciones públicas y la imposición legal categórica del cese de actos discriminatorios basados en esa misma categoría parecen justificar, para estos jueces, un nivel de escrutinio a medio camino entre la habitual “mera razonabilidad” y el escrutinio estricto. ¿Funciona el mismo tipo de argumento para definir la aplicabilidad? No es del todo claro. Los jueces afirman que en materia de igualdad corresponde aplicar un “estándar intenso”, pero obviamente se refieren a un universo acotado de casos de igualdad, dado que ambos jueces suscriben la rutinaria afirmación de la Corte según la cual “la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, *aunque su fundamento sea opinable*.”⁷³. Así, podría pensarse que disparan este escrutinio intermedio las distinciones basadas en categorías que, aunque no expresamente prohibidas por la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, aparecen comprendidas por normas de nivel subconstitucional de tipo prohibitivo. La dificultad que encuentra esta lectura es, obviamente, que supone algún tipo de superioridad jerárquica de las normas subconstitucionales prohibitivas respecto de aquellas sujetas a escrutinio, lo que puede no darse en todos los casos.

Tampoco resulta claro cómo se articularía este nivel intermedio de escrutinio, esto es, cuál es su contenido y cómo se diferencia de los otros tipos de control analizados. Los jueces intentan distinguirlo del escrutinio estricto empleado en “Hooff”, tanto en lo referido a la presunción de inconstitucionalidad —que estaría ausente de su propuesta— como en los extremos cuya satisfacción implica la superación del test. Es dudoso, sin embargo, que tengan éxito.

Una primera dificultad aparece al nivel de la evaluación de los fines perseguidos por la

⁷² Fallos 329:2986, voto concurrente de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, cons. 6.

⁷³ Véanse, entre otros, Fallos 329:5567.

norma, en el que a pesar de su retórica, el *test* se asimila al de mera razonabilidad. En efecto, es difícil advertir qué sentido tiene afirmar que “el fin perseguido por la norma [...] debe representar algún interés estatal *razonable*”,⁷⁴ puesto que parece obvio el Estado no puede constitucionalmente perseguir fines en sí mismo absurdos o arbitrarios —por oposición a “razonables”—, y en este sentido, la determinación de la legitimidad del fin es un paso común a cualquier *test* de razonabilidad. Así, en tanto umbral mínimo de validez, resultaría idéntico al utilizado en el *test* “de mera razonabilidad”. Una lectura más caritativa del voto conjunto consistiría en interpretar “razonable” como una categoría más entre diversos niveles de importancia de intereses estatales, ubicada por encima de los intereses meramente lícitos. “Razonables” serían, en este contexto, intereses estatales que, sin ser “apremiantes” o “urgentes”, presentan cierta entidad que los diferencia de los fines simplemente lícitos que satisfacen el *test* de “mera razonabilidad”.⁷⁵ De todos modos, lo más problemático parece ser la articulación del segundo paso del *test* propuesto en el voto, donde Maqueda y Highton de Nolasco pretenden distanciarse no solo de la mera razonabilidad, sino del escrutinio estricto.

Adviértase que, para sostener la validez de una norma bajo este tipo de control, “no es suficiente que la demandada *alegue* que la exigencia de nacionalidad argentina [...] es razonable o aun conveniente [...] debió *acreditar* las razones por las cuáles era conveniente que el cargo en cuestión fuera desempeñado por argentinos”.⁷⁶ La exigencia argumentativa, y eventualmente probatoria, que recaería sobre la parte demandada, implicaría, *pace* Maqueda y Highton, la desaparición de la habitual presunción de constitucionalidad a favor de los actos estatales. En este punto, el *test* intermedio propuesto se asemejaría al “escrutinio estricto” de “Hoofft” y su saga.

Los jueces todavía podrían replicar que su *test* se distinguiría de “Hoofft”, a pesar de todo, por la intensidad del análisis judicial. El escrutinio intermedio no comprendería, en principio, ninguno de los elementos característicos del segundo paso del escrutinio estricto:

⁷⁴ *Fallos* 329:2986, cons. 6 del voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.

⁷⁵ Esta interpretación presenta alguna prosapia en la jurisprudencia del Tribunal. Así, al analizar la validez del requisito de la nacionalidad para el ejercicio de un cargo público, se dijo que “[p]arece ocioso destacar que la cuestión consiste en esclarecer si media un *razonable interés estatal* que justifique la restricción que sufre Rocío Calvo y Pesini, por su condición de española, de asistir a los pacientes que requieran su apoyo terapéutico como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico”. *Fallos* 321:194, cons. 6.

⁷⁶ *Fallos* 329:2986, cons. 8 del voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.

juzgar si los medios “promueven efectivamente” los fines (primera parte del análisis de adecuación de “Hooft”) y analizar si se trata del “medio menos restrictivo del derecho en juego” (de acuerdo a la segunda parte del análisis de adecuación del test adoptado en “Hooft”). Pero aquí también surgen dudas respecto de cuán diferente es la propuesta analizada respecto del escrutinio estricto del que pretende alejarse. En efecto, la exigencia de acreditar la conveniencia del medio supone una evaluación acerca de si este “promueve efectivamente” los fines perseguidos, ya que sería difícil entender cómo un medio que no promueve efectivamente el fin que dice perseguir pueda ser “conveniente” para alcanzar ese mismo fin. De este modo, este escrutinio intermedio abarcaría, aunque sin decirlo, la primera parte del análisis de adecuación de “Hooft”. Adviértase que esta parte del test tiene un rol importante en el análisis e invalida medios que son, respecto del fin, sobre-inclusivos (al menos cuando el impugnante de inconstitucionalidad se encuentra en una de las situaciones indebidamente incluidas por el medio, en tanto no promueve el fin y, a ese respecto, podría decirse que el medio no guarda en ese caso concreto siquiera adecuación racional genérica con el fin). Podría argumentarse que tampoco promueve *efectivamente* el fin un medio sub-inclusivo, esto es, que deja sin regular situaciones que debieron haber sido reguladas para asegurar la realización del fin. En este caso, sin embargo, la cuestión se vuelve más problemática porque podría argumentarse, razonablemente, que el legislador no está obligado a solucionar cada problema de manera integral de una sola vez y que puede, si no distingue arbitrariamente, ir dando soluciones “parciales” a cada tema.⁷⁷ De este modo, un medio no totalmente efectivo podría ser juzgado como “conveniente” en ciertas circunstancias.

b) Otros casos difíciles de clasificar son aquellos donde no es claro qué casos que activan ese escrutinio más severo, o en qué consiste la severidad, o cuál es la justificación.

Un primer grupo de esos casos (donde no es del todo claro qué activa el escrutinio más severo, ni cómo se desarrolla el análisis de constitucionalidad) consiste en un suero de

⁷⁷ El argumento aparece en el caso clásico de la Corte estadounidense, en materia de escrutinio deferente (hasta el punto de la abdicación del control) de legislación socioeconómica, *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483, 489 (1955). Para un análisis de este tipo de defensa de la validez de ciertas distinciones subinclusivas, véase Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Irwin P. Stotzky (editor), *LAW AS JUSTICE: THE MORAL IMPERATIVE OF OWEN FISS’ SCHOLARSHIP* 51-52 (Twelve Tables Press, New York, 2009). El ensayo apareció originalmente en 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

escrutinio estricto entendido como balanceo o ponderación “sesgados”. En otros casos, la Corte adopta una posición que implica resolver la colisión entre normas y derechos (u, ocasionalmente, entre derechos concurrentes), básicamente realizando un juicio global de ponderación o balanceo, pero en el cual ciertos derechos específicos tienen un peso especial. Dicho de otro modo, los derechos en cuestión tienen, en principio, mayor valor que otros factores concurrentes, sin que ello determine que deba prevalecer siempre y en todos los casos. Puede hablarse, entonces, de un balanceo o juicio de ponderación “sesgados” en una dirección determinada.

Es lo que ocurre cuando se encuentran en juego los derechos del trabajador, reconocidos por la Constitución, en tanto la Corte considera que este es “sujeto de preferente tutela constitucional”.⁷⁸ Así, en “Vizzoti”, al censurar el tope indemnizatorio del art. 245 de la ley de contrato de trabajo, en las circunstancias del caso, el Alto Tribunal señaló:

“Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela [...] Esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia de esta Corte anterior a la vigencia del art. 14 bis”⁷⁹

La decisión no es explícita, sin embargo, respecto de cómo debe realizarse el control de constitucionalidad en tales casos. El trabajador es sujeto de preferente tutela y, en consecuencia, sus derechos “pesan” más que otros derechos y factores concurrentes. Pero no hay guías demasiado claras respecto de cuánto más “pesan”, ni acerca de cómo realizar ese balanceo o ponderación.

⁷⁸ *Fallos* 327:3677, 3753; 332:709; entre otros.

⁷⁹ CS, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”, *Fallos* 327:3677, cons. 9.

En “ATE”,⁸⁰ donde se impugnaba una decisión del intendente municipal de la Ciudad de Salta que, invocando razones de emergencia, había dispuesto una rebaja en las remuneraciones de los agentes municipales, la Corte sostuvo que:

“[...] cuatro principios de jerarquía constitucional rigen el desenlace de esta contienda. En primer término, el trabajador es sujeto de ‘preferente tutela constitucional’ [...] En segundo lugar [...] la justicia social [...] En tercer término, el principio de progresividad, el cual [...] impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente ‘regresivo’ en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto 5/2003 impugnado, requieran la consideración ‘más cuidadosa’, y deban ‘justificarse plenamente’, v.gr., con referencia a la ‘totalidad de los derechos previstos’ en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del ‘máximo de los recursos’ de que el Estado disponga [...] ha de tenerse muy presente que existe una ‘fuerte presunción’ contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC”⁸¹

En este caso, la Corte entendió que la magnitud de la merma en las remuneraciones, sumadas al hecho de que impactaba en mayor medida a las de menor cuantía, implicaba la vulneración de los límites constitucionales. Ello, a través de un juicio de ponderación de tales factores, a la luz de las pautas señaladas en el considerando transcripto. Nótese que, en este caso, estaba en juego además una presunción de inconstitucionalidad por violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obligaba a la demandada a demostrar cómo las medidas eran, en cierto modo, inevitables, y de qué forma el reparto de cargas era equitativo. Pueden trazarse aquí analogías con el primer tipo de escrutinio estricto descripto.

Otras instancias de balanceo o ponderación sesgadas aparecen en ciertos casos que involucraban restricciones previas a la libertad de expresión. Así, en “S.V. c/ M., D. A.”,⁸² algunos votos concurrentes sostuvieron que “toda censura previa que sobre ella [la libre expresión] se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.⁸³ Sin embargo,

⁸⁰ CS, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”, sin paginar en la colección de *Fallos* a la época de escribirse esta contribución.

⁸¹ *Id.*, cons. 9.

⁸² *Fallos* 324:975.

⁸³ Cons. 9, voto concurrente de los jueces Moliné O’Connor y López. Una idea similar aparece en el cons. 4

y a diferencia de la posición adoptada por las disidencias de “Asociación de Telerradiodifusoras”, en este supuesto el contenido del examen de constitucionalidad no exige cotejar medios y fines de acuerdo a un test de necesidad, sino que se asemeja mucho al aplicado en casos de derechos laborales. Esto es, se trata de un juicio de ponderación global donde, por decirlo de alguna manera, la medición parte de una situación donde uno de los platillos de la balanza tiene un peso adicional e inclina el fiel en una dirección determinada. Los diferentes votos que conformaron la pluralidad en esa causa ponderaron la prohibición de censura previa y las diversas normas internacionales que protegen la intimidad de los menores, como así también el carácter de no sujetos a suspensión, siquiera por razones de emergencia, que estos últimos derechos presentan en la sistemática de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁸⁴ La justificación, a su turno, apela a la prohibición categórica de la censura previa y a que si bien “no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino [solamente] aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas”,⁸⁵ la estrecha relación existente entre el medio de difusión y el contenido explicaba la aplicación de la presunción de inconstitucionalidad.

Un segundo grupo de casos puede caracterizarse a partir de lo resuelto en la causa “Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana”⁸⁶ donde estaba en juego la validez constitucional de una norma local que excluía de la posibilidad de ser propietarios

del voto concurrente del juez Fayt (“el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se ha reconocido el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene “una fuerte presunción de inconstitucionalidad”). Ambos votos encuentran antecedentes en diversos votos emitidos en las causas “Servini de Cubría”, *Fallos* 315:1943 (cons. 10, primer voto de los jueces Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’Connor; cons. 7, voto concurrente del juez Levene; votos concurrentes), y “Verbitsky”, *Fallos* 312:916 (cons. 14, disidencia del juez Fayt).

⁸⁴ Nótese, sin embargo, que el voto de los jueces Moliné O’Connor y López parece usar la presunción de inconstitucionalidad de un modo parcialmente distinto, en la delimitación de las conductas que quedan protegidas por la prohibición de censura previa y no como parte de una ponderación de derechos (cons. 11). De este modo, la presunción de inconstitucionalidad se asemejaría a la interpretación restrictiva analizada en más arriba en el texto principal: en caso de duda, debe entenderse que una conducta expresiva está protegida por la norma prohibitiva. Sin embargo, el voto termina efectuando una ponderación y acomodando la medida convalidada, de modo que esta se ajuste a “lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva” (cons. 25), trazando de esta manera una línea de parentesco con el primer tipo de control diferenciado analizado en este artículo. Similares consideraciones resultan aplicables a otros votos de la pluralidad que, sin embargo, no hablan de ninguna “presunción de inconstitucionalidad”.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ CS, 3/08/2010, “Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, *Fallos* 333:1279.

de establecimientos farmacéuticos a ciertas entidades de bien público —entre las que se encontraba la actora—. Allí el dictamen del Procurador Fiscal, al que remitió el primer voto de los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni y al que adhiriese —aunque con fundamentos propios adicionales— el juez Maqueda, sostuvo la inconstitucionalidad de la normativa por cuanto “la diferenciación efectuada *ab initio* entre distintas entidades de bien público sin fines de lucro con objetivos similares, carece de razonabilidad y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a excluir a la actora de lo que se concede a entidades similares en idénticas condiciones”.⁸⁷ Seguidamente, consideró aplicable *mutatis mutandi* el test establecido en “Hooft” y transcribió íntegramente la descripción del escrutinio estricto contenido en el considerando 6to de aquella sentencia.⁸⁸ No son claros los criterios de aplicación y justificación utilizados en el dictamen, puesto que es evidente que el caso no involucraba ninguna “categoría sospechosa” ni estaban en juego preceptos categóricos que pudieran justificar la aplicación del escrutinio estricto en los términos de la jurisprudencia dominante de la Corte en materia de igualdad. Desde esta perspectiva, y quizás por inadvertencia en la remisión al dictamen, una mayoría de la Corte sostuvo la aplicación del escrutinio intensificado de “Hooft” al análisis de razonabilidad de distinciones normalmente encuadradas en la jurisprudencia tradicional sobre el artículo 16 de la Constitución.⁸⁹ Por supuesto, esto asimilaría este grupo de casos al primer tipo de control identificado al principio.

III. Conclusión.

⁸⁷ Dictamen del Procurador Fiscal Ricardo Bassuet, punto V.

⁸⁸ “Sobre este último punto, estimo pertinente traer a colación lo señalado por la Corte al fallar en la causa H.172, L.XXXV “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de *si* acción declarativa de inconstitucionalidad” que *mutatis mutandi* resulta aplicable a este caso. Dijo en tal oportunidad que “la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada” (conf. Sentencia del 16 de noviembre de 2004, considerando 6º) del voto de la mayoría.”. Dictamen del Procurador Fiscal, punto V, énfasis en el original.

⁸⁹ Vale reconocer que la invocación del escrutinio estricto en el dictamen es simplemente un *obiter dictum*, en tanto la argumentación central discurre por los carriles de la irrazonabilidad de la distinción sobre la base de los parámetros tradicionales. Debe destacarse, sin embargo, el descuido del tribunal, que en otras ocasiones se cuida bien de excluir aquellos pasajes de los dictámenes a los que no desea adherir.

La Corte ha venido desarrollando, desde hace tiempo, la idea según la cual el control de constitucionalidad de ciertas materias debe ser efectuado conforme a ciertas pautas específicas, diferentes a las que involucra el control de constitucionalidad habitual de mera razonabilidad. En este trabajo, hemos realizado un mapa general, necesariamente incompleto, de los diversos tipos de control diferenciado que mayorías o votos individuales han propiciado en el ámbito de los distintos derechos constitucionales.

Estos controles diferenciados consisten, entonces, en una regla o conjunto de reglas que establecen que, en ciertos casos, debe examinarse la constitucionalidad de ciertas materias, por ciertas razones, de un modo distinto al habitual. Un examen de las decisiones pertinentes permite clasificar distintos tipos de control diferenciado de constitucionalidad. La clasificación, por cierto, no es exhaustiva. Pero aísla algunos de los tipos centrales.

La importancia de distinguir los tipos no es menor. Tiene un impacto decisivo, según se mostró, en materia de decisiones cautelares y, naturalmente, en quién debe probar qué cosa a lo largo del proceso también.

Desde otro punto de vista, que aquí nos limitamos a sugerir únicamente, la tipología propuesta permite explorar las filosofías jurídicas y judiciales de los jueces de la Corte Suprema, al brindar una ventana hacia sus concepciones acerca de su propio rol y el de la institución que integran, el plexo valorativo de la Constitución y las relaciones entre los derechos contenidos en ella y en los tratados humanos dotados de jerarquía constitucional.